

University of Groningen

## Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?

de Graaf, K.J.; Schuurmans, Y.E.; Tollenaar, A.

*Published in:*  
JB Plus

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2007

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

de Graaf, K. J., Schuurmans, Y. E., & Tollenaar, A. (2007). Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep? *JB Plus*, 2, 3-15.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep?

Mr. K.J. de Graaf, mr. Y.E. Schuurmans & mr. A. Tollenaar<sup>1</sup>

**Trefwoorden:** Bewijsrecht. Feitenvaststelling. Bestuursprocesrecht. Bewijslastverdeling. Rol van de bestuursrechter. Lijdelijke houding. Terughoudende toetsing. Derde evaluatie Awb.

*Procedures bij de bestuursrechter zijn vaak het gevolg van een verschil van mening over de feiten waarop het bestuursorgaan het bestreden besluit heeft gebaseerd. Eiser betwist de feitenvaststelling door het bestuursorgaan of vindt dat andere feiten, die volgens hem ook van belang zijn, ten onrechte buiten beschouwing zijn gelaten. Indien zich een geschil voordoet over de feiten, rijst de vraag wie welke feiten aannemelijk moet maken en vooral: wat de rol van de bestuursrechter daarbij is. De bestuursrechter kan immers lijdelijk achterover leunen of partijen opdragen om hun stellingen met bewijs te onderbouwen. Hij kan ook ambtshalve op zoek gaan naar de materiële waarheid en een onderzoek instellen. Deze bijdrage bevat zowel een beschrijving als een beoordeling van de praktijk van feitenvaststelling door de bestuursrechter in eerste aanleg, aan de hand van het in het kader van de derde evaluatie van de Awb verrichte onderzoek daarnaar.<sup>2</sup> De beoordeling van de praktijk leidt tot enkele conclusies en aanbevelingen, onder meer geïnspireerd door het civiele en het Duitse recht.*

## 1 Inleiding

Wanneer de bestuursrechter om een oordeel wordt gevraagd over de feitenvaststelling door het bestuursorgaan, dan zijn drie reacties denkbaar. In de eerste plaats kan de rechter het geschil over de feiten aan partijen overlaten. De rechter is lijdelijk en maakt zich afhankelijk van de door partijen aangeleverde stellingen en het bewijs daarvoor. Tegenover deze zeer lijdelijke houding staat de bestuursrechter die actief onderzoekt of het bestuursorgaan zich op de juiste feiten heeft gebaseerd. In zekere zin doet de bestuursrechter dan het werk van het bestuursorgaan opnieuw en gaat zelf op zoek naar de

juiste feiten. De Awb biedt de bestuursrechter daartoe diverse onderzoeksbevoegdheden. Zo kan hij een deskundige benoemen, een onderzoek ter plaatse (laten) instellen en – eventueel onder ede – getuigen horen. Deze actieve rechter past in een systeem waarin materieel bewijsrecht niet wettelijk geregeld is. Tussen beide uitersten is een tussenvorm denkbaar: de rechter kan een afwachtende houding aannemen ten aanzien van de stellingen van partijen over de feiten en bij onduidelijkheden hetzij ambtshalve vragen stellen of stukken opvragen, hetzij partijen expliciet de gelegenheid bieden hun stellingen nader te bewijzen.

Gezien deze gedragsalternatieven rijst de vraag

1. Kars de Graaf en Albertjan Tollenaar zijn verbonden aan de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen. Ymre Schuurmans is als universitair docent verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

2. De auteurs verrichtten met prof. mr. T. Barkhuysen, prof. mr. L.J.A. Damen, mr. dr. A.T. Marseille en prof. mr. W. den Ouden onderzoek naar de feitenvaststelling in beroep. De resultaten van dit onderzoek zijn gepubliceerd in: T. Barkhuysen, L.J.A. Damen e.a., *Feitenvaststelling in beroep*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

welke houding van de bestuursrechter wordt verwacht. Deze vraag is van belang omdat daaruit ook consequenties voortvloeien voor procespartijen. Het hangt immers af van de activiteit van de bestuursrechter wat de procespartijen zelf moeten doen om hun beroepsgronden, waarin de feiten ter discussie worden gesteld, aannemelijk te maken. Aan de normatieve vraag welke houding van de rechter wordt verwacht, gaat de meer empirische vraag vooraf hoe actief de rechter in de praktijk ten aanzien van het vaststellen van de feiten is. Dit artikel bevat zowel de beschrijving van die praktijk (paragraaf 3), als een beschrijving van de normatieve uitgangspunten die uit het recht voortvloeien (paragraaf 4). De spiegeling van de praktijk aan het normatieve kader levert een aantal knelpunten op (paragraaf 5), waarvoor oplossingen worden aangedragen, onder meer geënt op de wijze waarop de rechter de feiten vaststelt in het Duitse en het civiele recht. Allereerst wordt afgebakend wat onder feitenvaststelling wordt verstaan (paragraaf 2).

## 2 Feitenvaststelling in beroep

In het systeem van het bestuursrecht is het primair het bestuursorgaan dat de feiten vaststelt. De feitenvaststelling in de bestuurlijke fase wordt genormeerd door art. 3:2 Awb, op grond waarvan het bestuursorgaan gehouden is de nodige kennis over de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren. Daar tegenover staat dat van de belanghebbende, wanneer deze een aanvraag indient, wordt verwacht dat

deze de ‘gegevens en bescheiden’ verschaft die nodig zijn voor de beslissing op de aanvraag en waarover hij redelijkerwijs de beschikking kan krijgen (art. 4:2 lid 2 Awb).

De rol van de rechter bij de feitenvaststelling in beroep is in grote mate afhankelijk van de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase. In de beroepsprocedure beoordeelt de bestuursrechter achteraf of de besluitvorming door het bestuur op het punt van de feitenvaststelling rechtmatig is. Wanneer in het vervolg wordt gesproken over de feitenvaststelling door de bestuursrechter, dan wordt bedoeld op het proces waarin de rechter tot het oordeel komt over de vraag of het ter discussie staande besluit op een juiste vaststelling van de feiten is gebaseerd.

De feitenvaststelling door de bestuursrechter is afhankelijk van hetgeen door partijen wordt aangedragen. In beginsel zijn het de procespartijen die de omvang van het geding bepalen. Wanneer zich binnen de omvang van het geding een geschil over de relevante feiten voordoet, komt de vraag aan de orde welke partij welke feiten aannemelijk moet maken. Deze bewijslastverdeling is, net als het overige materiële bewijsrecht, niet in de Awb gecodificeerd.

## 3 De praktijk van de feitenvaststelling<sup>3</sup>

### 3.1 Een gevarieerde praktijk

Dat de feitenvaststelling een essentieel onderdeel van het bestuursrechtelijke geschil vormt, blijkt uit het gegeven dat in ongeveer 90% van

3. De beschrijving van de praktijk is gebaseerd op een onderzoek van 349 beroepsdossiers. Deze dossiers zijn a-select gekozen bij vijf rechtbanken en bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State voor het milieurecht. Er zijn geen dossiers bestudeerd over de bijzondere deelterreinen mededingingsrecht, vreemdelingenrecht en belastingrecht, maar deze deelterreinen zijn wel betrokken in de literatuur-

studie. Om ook een variatie naar tijd te kunnen onderzoeken zijn 135 dossiers gekozen waarbij de zitting heeft plaatsgevonden in 2002 en 214 waarbij de zitting plaatsvond in 2005. Naast de dossierstudie hebben interviews met repeatplayers en met procederende burgers plaatsgevonden. Ten slotte zijn er nog expertmeetings georganiseerd met medewerkers (griffiers en rechters) van een vijftal rechtbanken.

de beroepszaken door eiser een beroepsgrond wordt aangevoerd waarin de feitenvaststelling door het bestuursorgaan wordt betwist. Niet altijd zijn de door eiser aangevoerde feiten relevant voor de beoordeling van het besluit. Dat neemt echter niet weg dat de feitenvaststelling door het bestuursorgaan een cruciaal voorwerp van geschil is in het bestuursprocesrecht. Tegelijkertijd is in het onderzoek naar de feitenvaststelling geconstateerd dat de houding die de rechter aanneemt om de feiten vast te stellen, varieert. De variatie kan voor een deel worden teruggevoerd op het bijzondere deelgebied van het bestuursrecht waarbinnen zich het geschil voordoet. De bestuursrechter in sociale zekerheidszaken blijkt actiever dan de bestuursrechter die om een oordeel wordt gevraagd in andere typen zaken, zoals geschillen over bouwvergunningen of planschadebesluiten. Het verschil tussen rechtsgebied kan worden verklaard doordat het type feit en de context van het geschil varieert. De Commissie Evaluatie Awb III (hierna: Commissie-Ilsink) benoemt dit als de ‘cultuur’ per rechtsgebied.<sup>4</sup> Niet alle verschillen kunnen echter worden verklaard uit verschillen tussen rechtsgebieden. Er zijn namelijk ook verschillen geconstateerd tussen de beroepsprocedures door de jaren heen. De veel geponeerde hypothese dat de rechter lijdelijker is geworden en daardoor minder gebruik maakt van zijn onderzoeksbevoegdheden, wordt door het uitgevoerde onderzoek gedeeltelijk bevestigd.<sup>5</sup> Wanneer de beroepsprocedures uit 2002 worden vergeleken met die uit 2005 dan valt op dat de rechter aanmerkelijk terughoudender is geworden ten aanzien van

het benoemen van deskundigen. Hij stelt bovendien in het algemeen niet vaak schriftelijke vragen gedurende het vooronderzoek en vraagt nauwelijks stukken op.<sup>6</sup> Weliswaar doen zich bij de toegenomen lijdelijkheid verschillen voor tussen rechtsgebieden, maar de tendens is uniform. In sociale zekerheidszaken (de zogenaamde schattingsbesluiten) vindt vrijwel nooit meer een deskundigenbenoeming plaats en ook voor de milieurechtgeschillen blijkt de Afdeling steeds selectiever met het inschakelen van de StAB.

Ten slotte is er een variatie tussen rechtbanken onderling in vergelijkbare zaken. De onderzochte rechtbanken blijken op een verschillende wijze invulling te geven aan het vooronderzoek. Het verschil in activiteit heeft betrekking op alle onderzoeksbevoegdheden in het vooronderzoek: terwijl in de ene rechtbank nooit een vraag wordt gesteld of stukken worden opgevraagd, stellen andere rechtbanken wel af en toe schriftelijke vragen en vraagt de rechter bovendien stukken op. Eveneens is er een opmerkelijk verschil waargenomen in de mate waarin rechtbanken deskundigen inschakelen in het vooronderzoek: de ene rechtbank blijkt (relatief gezien) aanmerkelijk vaker een deskundige in te schakelen dan de andere rechtbank.<sup>7</sup>

### 3.2 Onzekerheid bij procespartijen

Uit interviews is gebleken dat de opstelling van de bestuursrechter tot onzekerheid bij procespartijen leidt. Die onzekerheid wordt gevoed doordat de bestuursrechter niet of

4. Commissie Evaluatie Awb III, Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 2002-2006, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006/2007, p. 25.

5. Zie A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 69 e.v.

6. Voor de precieze gegevens wordt verwezen naar hoofdstuk 6 van Barkhuysen, Damen e.a. 2007

7. Voor het onderzoek is een representatieve steekproef met beroepsdossiers per rechtbank bestudeerd. Het verschil kan dus niet worden verklaard door verschillen in rechtsgebied of procesvaardigheid van appellanten.

nauwelijks reageert op een bewijsaanbod en bovendien niet motiveert waarom hij geen gebruik maakt van een onderzoeksbevoegdheid, wanneer daarom is verzocht. Verzoekt eiser de bestuursrechter om een deskundige te benoemen, dan gaat deze daar doorgaans ongemotiveerd aan voorbij.

Het voorgaande duidt op een communicatieprobleem tussen burger, bestuursorgaan en rechter. De rechter vraagt zich af wanneer hij welke onderzoeksbevoegdheden moet gebruiken; welke houding van hem wordt verwacht en wat hij aan partijen over kan laten. De appellerende burger (of zijn rechtshulpverlener) vraagt zich af wanneer hij een beroepsgrond voldoende aannemelijk heeft gemaakt, welk bewijs daarvoor op welk moment moet worden aangevoerd en wanneer hij voldoende heeft aangevoerd om de rechter te bewegen zijn onderzoeksbevoegdheden te gebruiken.

Ook bestuursorganen verkeren in onzekerheid. In het vooronderzoek worden nauwelijks vragen gesteld of stukken opgevraagd. Het gevolg is dat de vragen die de rechter over een beroepschrift heeft, pas ter zitting aan de orde worden gesteld. Het komt geregeld voor dat een procesgemachtigde die namens het bestuursorgaan het bestreden besluit moet toelichten, niet alle vragen van de rechter kan beantwoorden. Soms wordt deze onduidelijkheid weggenomen doordat de rechter in de uitnodiging voor de zitting aangeeft welke punten hij in ieder geval aan de orde wil stellen. Zeker wanneer een partij wordt opgeroepen voor de zitting, ligt het voor de hand dat de rechter aangeeft waarom hij de partij oproept.

De onduidelijkheid bij eisers over wat precies van hen en van de rechter kan worden verwacht, resulteert soms in zogenaamde ‘verrassingsuitspraken’. Indien eiser in zijn beroepschrift beroepsgronden aanvoert waarin de door het bestuursorgaan vastgestelde feiten in

twijfel worden getrokken, verwacht hij daarmee ofwel een vernietiging van het bestreden besluit te bewerkstelligen, ofwel de rechter te bewegen zelf onderzoek te doen naar de stellingen van eiser. Als de rechter niet zelf onderzoek verricht, niet laat blijken welke stellingen door eiser nader moeten worden onderbouwd en ook niet aangeeft hoe het aangedragen bewijs door hem wordt gewaardeerd, komt de uitspraak waarin de rechter concludeert dat eiser zijn beroepsgrond onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt, voor partijen vaak als een verrassing, met name voor eisers die niet door een professionele rechtshulpverlener worden bijgestaan.

#### 4 Normatief kader voor de feitenvaststelling in beroep

##### 4.1 Nationaal bestuursrecht

Naast de vraag hoe in de praktijk de feitenvaststelling in beroep verloopt, is in het evaluatieonderzoek bezien welke eisen het nationale en internationale recht aan dat proces stellen. De normering die uitgaat van de Awb is beperkt, omdat slechts een bepaald type regel in de wet is opgenomen. Zo bevat de Awb regels voor de inbreng van bewijsstukken door partijen, voor de aanvulling van feiten door de rechter en voor het rechterlijk onderzoek naar de feiten, maar een algemene regeling van het materiële bewijsrecht ontbreekt. Destijds was dat een bewuste keuze van de wetgever. De actieve bestuursrechter die op zoek is naar de materiële waarheid, draagt een grote verantwoordelijkheid voor een juiste vaststelling van de feiten. Omdat de gedachte is dat hij ambtshalve feiten kan aanvullen, bestaat geen behoefte aan een nadere regulering van de bewijsplichten en verantwoordelijkheden van partijen.<sup>8</sup>

Uit de jurisprudentieanalyse komt echter naar voren dat de bestuursrechter doorgaans als

8. PG Awb II, p. 175.

uitgangspunt kiest dat bewijslevering in eerste instantie een taak van partijen is. De Awb geeft hen daarbij maar weinig houvast. Zo is de bewijslastverdeling niet geregeld. De jurisprudentie lost dat op door bij de vraag op wiens weg het ligt om in beroep gegevens te verschaffen, terug te grijpen op art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb, die de gegevensverzameling bij de voorbereiding van het besluit reguleren. Een nadeel hiervan is dat partijen zich niet steeds bewust zullen zijn dat hun bewijslast in beroep uit deze artikelen wordt afgeleid. Bovendien is voor hen niet zo eenvoudig te voorspellen tot welk resultaat de toepassing van art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb in hun geval leidt. In de rechtspraak wordt bijvoorbeeld met betrekking tot het besluit op aanvraag weinig inzichtelijk gemaakt waar de bewijslast van de belanghebbende ophoudt en die van het bestuursorgaan begint.<sup>9</sup> De regels die de Awb wél bevat over de verantwoordelijkheid van partijen voor de feitenverzameling in beroep, richten zich hoofdzakelijk tot het bestuursorgaan.<sup>10</sup> Verzaakt een partij haar plicht om inlichtingen te verstrekken of stukken over te leggen, dan kan de rechtbank ingevolge art. 8:31 Awb daaraan de gevolgen verbinden die zij geraden acht. In de jurisprudentie valt op dat de uitwerking van deze plicht zich steeds tot het bestuursorgaan richt.<sup>11</sup> Enerzijds laat dat zien dat het bestuur een grote verantwoordelijkheid toekomt bij het verschaffen van relevante gegevens, maar anderzijds demonstreert het ook dat de bewijslevering door de burger met een grote vrijblijvendheid is omgeven. Een eiser wordt niet snel door de rechter op zijn verantwoordelijkheid voor de bewijslevering aangesproken.

De Awb doet dat evenmin.

Zoals gezegd kan bij partijen gemakkelijk verwarring ontstaan over de vraag wie de bewijslast draagt. Het kan voor partijen lastig zijn om de rechter te bewegen die verwarring weg te nemen vóórdat uitspraak wordt gedaan. De Awb kent geen tussenuitspraak of -beslissing waarin een bewijsopdracht kan worden gegeven. Er zijn voldoende informele mogelijkheden om gedurende het vooronderzoek partijen duidelijk te maken dat zij een bepaalde toelichting dienen te geven of stukken dienen te verstrekken, maar daarvan wordt vrijwel geen gebruik gemaakt door het zittingsgerichte werken, waarbij een beroepszaak al ter zitting wordt geagendeerd voordat de bestuursrechter het dossier heeft bestudeerd.<sup>12</sup> Partijen dienen daardoor *spontaan* het voor hen relevante bewijsmateriaal te verstrekken.<sup>13</sup> Zij kunnen zelf het heft in handen nemen door een bewijsaanbod te doen. Echter, ook die voorziening is ongereguleerd; er bestaat geen algemene plicht voor de bestuursrechter om gemotiveerd op het bewijsaanbod te reageren.<sup>14</sup> Al met al is de conclusie gerechtvaardigd dat partijen een grote verantwoordelijkheid dragen voor de bewijslevering, maar dat de regie vanuit de Awb en de rechter zeer beperkt is.

Partijen hebben aan die regie behoefte, omdat bewijslevering een tijdverslindende en kostbare aangelegenheid kan zijn. In dat kader is het voor hen ook van belang om in te kunnen schatten of de rechter zelf een onderzoeksbevoegdheid zal aanwenden. Daarnaast is een meer algemeen belang betrokken bij inzicht in de vraag wanneer de rechter actief dient te

9. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 24 en Y.E. Schuurmans, *Bewijslastverdeling in het bestuursrecht* (diss. Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 2005, p. 124.

10. Zie m.n. artikel 8:42 Awb.

11. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 36 e.v.

12. Vaak wordt het vooronderzoek hierdoor effectief overgedragen aan de gerechtssecretarissen, die zich

veelal beperken tot ontvankelijkheidsvragen.

13. Zie bv. CRvB 1 juni 2005, «JB» 2005, 237 m.nt. Wenders.

14. ABRvS 26 januari 2005, AB 2005, 374 m.nt. De Bock; CRvB 21 december 2004, LJN AR8552; CRvB 13 juli 2005, LJN AU0935; CRvB 3 januari 2006, LJN AU9235.

zijn. In het kader van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zou men in een soortgelijke zaak in beginsel bij de ene rechter evenveel kans op de inzet van een onderzoeksbevoegdheid moeten hebben als bij een andere rechter. De Raad van State waarschuwde bij de invoering van de Awb al dat de ruime discretionaire onderzoeksbevoegdheden van de bestuursrechter zouden kunnen leiden tot een grote verscheidenheid in de toepassing.<sup>15</sup> De rechtspraak geeft op dit punt onvoldoende sturing. De beoordeling of onderzoek nodig is, wordt overgelaten aan de individuele rechter(s). De appèlrechter accepteert vrijwel altijd de keuze die de rechter in eerste aanleg heeft gemaakt. De regering heeft in 1994 verschillende middelen genoemd die een compensatie kunnen bieden voor de grote rechterlijke discretie.<sup>16</sup> Geen van deze middelen is echter tot nu toe effectief ingezet: in de procesregelingen zijn geen bepalingen opgenomen die aangeven onder welke omstandigheden een onderzoeksbevoegdheid wordt ingezet, de appèlcolleges geven deze duidelijkheid evenmin en een rechtseenheidvoorziening is niet van de grond gekomen.

De vraag wanneer de bestuursrechter gebruik moet maken van zijn onderzoeksbevoegdheden, krijgt een begin van een antwoord in de jurisprudentie met betrekking tot de deskundigenbenoeming. Hierbij kunnen twee lijnen worden onderscheiden. Heeft het bestuursorgaan bij de besluitvorming geen zorgvuldig onderzoek verricht en art. 3:2 Awb geschonden, dan ligt het niet in de rede dat de

rechter onderzoek doet. Het behoort niet tot zijn taak om gebreken in de besluitvorming te repareren.<sup>17</sup> Voorts kan bij de beslissing om onderzoek in te stellen een rol spelen of de rechter verwacht dat hij, na afronding van dat onderzoek, zelf in de zaak kan voorzien. Is dat verre van zeker, dan zal hij veeleer volstaan met een formele vernietiging en de gehele afwikkeling van de zaak aan het bestuur overlaten.<sup>18</sup> Wellicht dat de invoering van de bestuurlijke lus daarin verandering zal brengen. Meer in het algemeen geldt dat partijen zelfstandig en met kracht van argumenten en bewijsmiddelen (een begin van) bewijs moeten leveren dat het bestuursorgaan de feiten onjuist heeft vastgesteld, alvorens onderzoek door de rechter in zicht komt.<sup>19</sup>

#### 4.2 *Internationaal recht*

Een nadere normering van de feitenvaststelling in beroep vloeit voort uit het internationale recht. Op de twee hiervoor behandelde centrale vragen hoe de bewijslast moet worden verdeeld en in welk geval de rechter actief dient te zijn, geeft het internationale recht in het algemeen weinig sturing. Soms zal echter in communautaire regelgeving de bewijsvoering door partijen zijn uitgewerkt,<sup>20</sup> soms stelt de effectieve doorwerking van het EG-recht eisen<sup>21</sup> en soms zal uit een mensenrecht een specifieke bewijsregel worden afgeleid.<sup>22</sup> De nationale rechter dient die rechtsregels dan te respecteren.

De jurisprudentie van de Europese rechters

15. PG Awb II, p. 163 en 164.

16. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, par. 2.2.

17. ABRvS 26 maart 2003, LJN AF6361; CRvB 8 januari 1996, RSV 1996, 142; Rb. Alkmaar 18 maart 2004, LJN AO5976; Rb. Rotterdam 10 september 2001, LJN AD4033.

18. ABRvS 13 november 2002, LJN AF0277; ABRvS 5 oktober 2005, AB 2006, 49 m.nt. De Waard.

19. CBB 26 februari 1996, AB 1996, 343 m.nt. Van der

Veen; CRvB 4 februari 1993, TAR 1993, 60.

20. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 130. Bijvoorbeeld op het gebied van het douanerecht (communautaire exportrestituties), het communautaire landbouwnet en op het gebied van gelijke behandeling is fijnmazige jurisprudentie ontstaan over (de precieze betekenis van) communautair bewijsrecht.

21. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 131 e.v.

22. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 110 e.v.



is met name interessant voor de taak van de rechter bij het vaststellen van de feiten en de toetsingsintensiteit die hij dient aan te leggen. Art. 6 EVRM stelt de eis dat de rechter die over de rechtsbetrekking oordeelt over *full jurisdiction* beschikt. Uitgangspunt is dat de rechter bevoegd moet zijn de feiten vast te stellen of ten minste fouten terzake moet kunnen herstellen. Voor een terughoudende toetsing is alleen plaats indien voor de feitenvaststelling bijzondere, specialistische kennis van technische of kwalificerende aard nodig is. De terughoudende rechterlijke toets wordt dan gecompenseerd door van de procedure in de bestuurlijke fase te verlangen dat deze met 'quasi-rechterlijke' waarborgen is omkleed.<sup>23</sup> In het Nederlandse bestuursrecht bestaat daar niet zoveel aandacht voor. Nogal eens blijft het raden welke toetsingsintensiteit de bestuursrechter aanlegt. Structurele aandacht voor de waarborgen in de bestuurlijke voorfase is voorts beperkt.

In het algemeen kan worden opgemerkt dat de toetsingsintensiteit van de nationale bestuursrechter niet altijd even goed aansluit bij die van de Europese rechter. Zo stelt het EHRM op grond van art. 6 en 13 EVRM en de betrokken materiële rechten strengere eisen aan de feitenvaststelling wanneer het recht in kwestie fundamenteel van aard is. Daarbij kan worden gedacht aan geschillen over het recht op leven en het folterverbod (art. 2 en 3 EVRM) en aan zaken die het privé-leven (art. 8 EVRM) of het verbod van discriminatie (art. 14 EVRM en het Twaalde Protocol) betreffen. Bovendien valt op dat het EHRM, in zaken die de artikelen 2 en 3 EVRM betreffen, *ex nunc* en vol de feiten toetst en in algemene zin soepel is ten aanzien van

het accepteren van (nieuw) bewijsmateriaal. De uitspraak *Salah Sheekh*<sup>24</sup> illustreert dat dit een reëel probleem vormt en dat de nationale bestuursrechter zich dient te oriënteren op de Straatsburgse toetsing, wil hij toekomstige veroordelingen zo veel mogelijk voorkomen.

Ook vanuit het communautaire recht dient de toetsingsintensiteit van de feitenvaststelling kritisch te worden bekeken. De Nederlandse bestuursrechter toetst besluiten vaak via de band van een formeel beginsel van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel van art. 3:2 Awb. De rechter toetst het besluit dan niet inhoudelijk aan het EG-recht, maar beoordeelt (slechts) of bij de totstandkoming van het besluit door het bestuursorgaan is onderzocht of dit in overeenstemming is met het EG-recht. Pakt die beoordeling negatief uit, dan hoeft hij zich niet over ingewikkelde feitelijke beoordelingen uit te spreken. Het EG-recht verzet zich niet principieel tegen deze vorm van toetsing,<sup>25</sup> maar soms verlangt het communautaire recht een actievare houding van de nationale rechter. Dat laatste geldt met name op het gebied van het staatssteunrecht. De nationale rechter moet dan op grond van de feitelijke omstandigheden zelf beoordelen of er sprake is van steun die aan de Commissie moest worden gemeld.<sup>26</sup>

## 5 Analyse en rechtsvergelijking

### 5.1 *Knelpunten*

Wanneer men de praktijk van de feitenvaststelling vergelijkt met de normatieve uitgangspunten, dan kunnen enkele knelpunten worden onderkend.

23. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 100 e.v.

24. EHRM 11 januari 2007, AB 2007, 76 m.nt. Vermeulen.

25. HvJ EG 21 januari 1999, zaak C-120/97 (Upjohn Ltd).

Zie ook: Y.E. Schuurmans, 'De toetsing van de feiten-

vaststelling in Europees perspectief', in T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger, *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn, Kluwer 2007, p. 115-142.

26. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 142 en 143.



*Rechtsonzekerheid*

Indien men de tekst leest van hoofdstuk 8 van de Awb (op basis waarvan men voorafgaand aan de zitting een vooronderzoek verwacht) en de memorie van toelichting over de bevoegdheid van de bestuursrechter om de feiten aan te vullen (op basis waarvan men een actief naar de materiële waarheid zoekende bestuursrechter verwacht) en die spiegelt aan de praktijk van feitenvaststelling, dan blijkt discrepantie te bestaan tussen de inzet van de wetgever in 1994 ('actieve houding zorgt voor rechtszekerheid') en de praktijk in 2006 ('lijdelijke houding leidt tot rechtsonzekerheid'). De burger heeft voorafgaand aan de uitspraak van de bestuursrechter onvoldoende zekerheid over de te verwachten activiteit van de bestuursrechter. Heeft hij de feitenvaststelling door het bestuur voldoende en adequaat bestreden? Heeft hij zelf steken laten vallen die hij niet kan herstellen? Zal de bestuursrechter het besluit onmiddellijk vernietigen, zelfstandig onderzoek instellen of hem de gelegenheid bieden nader bewijs voor zijn gronden aan te voeren? Door de lijdelijke houding van de bestuursrechter wordt de uitspraak soms ervaren als een verrassing: eiser wordt verweten iets niet aannemelijk te hebben gemaakt, terwijl hij zich er niet bewust van was dat hij nog bewijsmateriaal had moeten overleggen.

Rechtsonzekerheid bestaat daarnaast over de vraag op welk moment nog (tegen)bewijs kan worden overgelegd. In de jurisprudentie lijkt benadrukt te worden dat de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase dient plaats te vinden. In dat kader is het problematisch dat de bestuursrechter niet consequent van bestuursorganen verlangt dat zij in de bestuurlijke fase duidelijke voorlichting geven over de last die op de belanghebbende rust om gegevens te verschaffen. De rechtspraak op grond van art. 3:2 Awb geeft bestuursorganen onvoldoende houvast bij het afbakenen van hun taak bij de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase. Daarnaast biedt de jurisprudentie in het algemeen weinig inzicht

onder welke omstandigheden de bestuursrechter actief dient te zijn. Geconstateerd moet worden dat de in 1994 aan de bestuursrechter toegekende vrijheid in onvoldoende mate gepaard gaat met het afleggen van verantwoordelijkheid. Die constatering weegt zwaar als men vast wil houden aan de mogelijkheid om zonder deskundige rechtshulpverlener te procederen. Bovendien draagt de opstelling van de bestuursrechter niet bij aan de ontwikkeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht.

*Terughoudendheid*

De bestuursrechter lijkt de feitenvaststelling door het bestuur nodeloos terughoudend te toetsen. De sterke nadruk op de bestuurlijke feitenvaststelling kan bij bestuursrechters het beeld doen ontstaan dat zij zich geen eigen oordeel mogen aanmeten over de waarde van overgelegd bewijsmateriaal en de feiten die zij op grond daarvan aannemelijk achten. Mocht een dergelijke terughoudende opstelling daadwerkelijk worden gekozen, dan kan dat op gespannen voet staan met de eisen die voortvloeien uit het internationale recht.

Uit het onderzoek blijkt tevens dat de bestuursrechter terughoudend is in het bieden van herstel mogelijkheden aan partijen ten aanzien van de bewijslevering. De rechter wijst partijen er voorafgaand aan de zitting niet op dat hij de feitelijke onderbouwing van belangrijke beroepsgronden onvoldoende acht. Dit klemmt te meer nu partijen in de praktijk veelal ook ter zitting en in de fase daarna niet expliciet in de gelegenheid worden gesteld om met nader bewijs te komen in een situatie waarin ze zich pas dan de relevantie van dit materiaal realiseren. De eis van een eerlijk proces op grond van art. 6 EVRM impliceert dat er ruime mogelijkheden bestaan voor herstel van verzuimen en, voor zover dit niet het geval is, dat beperkingen op dit vlak in ieder geval voorzienbaar zijn.

Tot slot is het niet onwaarschijnlijk dat de terughoudendheid van de bestuursrechter wordt beïnvloed door de organisatie van de

afhandeling van zaken. Het zogenaamde zittingsgericht werken kan het vooronderzoek frustreren doordat zaken kort voor de zitting worden bestudeerd en er slechts in beperkte mate ruimte bestaat voor een heropening na de zitting (onder meer in verband met een financiering die is gerelateerd aan aantallen uitspraken en doorlooptijden).

### *Verscheidenheid*

Er zit weinig lijn in het gebruik van de onderzoeksbevoegdheden door de bestuursrechter. Vergelijkbare zaken worden uiteenlopend behandeld. Verschillen zijn te zien tussen de sectoren bestuursrecht van de verschillende rechtbanken, maar ook binnen de sector bestuursrecht van een instantie. Tot op zekere hoogte is dus ook bij bestuursrechters zelf onduidelijk welke activiteit nog van hen verwacht mag worden.

## 5.2 *Hoe kan het anders?*

Gezien de bovenstaande analyse, lijkt het zinvol te kijken naar andere stelsels van bewijsrecht. Welke normen gelden voor de rechter in het civiele procesrecht, als stelsel waarin men (nog) uitgaat van een partijenproces met een lijdelijke rechter, en in het Duitse bestuurprocesrecht? Zoals bekend kent het civiele procesrecht meer algemene bepalingen van bewijsrecht dan het bestuurprocesrecht. Zo is onder meer expliciet geregeld op welke wijze de bewijslast wordt verdeeld.<sup>27</sup> Van groot belang is voorts dat de lijdelijke houding van de civiele rechter, die hem te

rughoudend maakt om ambtshalve onderzoek naar de feiten te doen, gepaard gaat met enige waarborgen voor partijen. Zo kent het civiele recht, anders dan het bestuurprocesrecht,<sup>28</sup> de tussenuitspraak over de bewijslastverdeling, waardoor aan partijen duidelijkheid kan worden verschaft.<sup>29</sup> Een soortgelijk oordeel zou in het bestuurprocesrecht niet misstaan.<sup>30</sup> Een ander bekend verschil met het bestuurprocesrecht is de reactie op het bewijsaanbod. Kan de bestuursrechter daaraan eenvoudig voorbijgaan, de civiele rechter wordt gedwongen te motiveren waarom het bewijsaanbod niet wordt geaccepteerd.<sup>31</sup> Zelfs de HR als bestuursrechter in het belastingrecht eist van de lagere rechters een gedegen motivering van de redenen voor het afwijzen van een aanbod.<sup>32</sup> In de overige bestuursrechtelijke rechtspraak wordt vrijwel nooit een dergelijke motivering geëist.<sup>33</sup> Deze twee voorbeelden maken duidelijk dat partijen in het civiele recht weliswaar geconfronteerd worden met een (in beginsel) lijdelijke rechter, maar dat die in mindere mate leidt tot rechtsonzekerheid dan in het bestuurprocesrecht. Bovendien doen zich binnen het civiele recht tendensen voor om de rechter meer actief te maken. Zo bestaat er een grote kans dat aan het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een bepaling wordt toegevoegd die verduidelijkt dat de rechter binnen de grenzen van de goede procesorde partijen ambtshalve mag wijzen op mogelijkheden om hun stellingen en feiten aan te vullen.<sup>34</sup>

In het Duitse bestuursrecht worden de feiten na zorgvuldig onderzoek en eventuele medewerking van belanghebbenden, primair vast-

27. Zie art. 150 Rv en daarover W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 59 e.v.

28. Zie Schuurmans 2005, p. 231 e.v.

29. Asser 2004, p. 119 e.v.

30. Vgl. Schueler, Drewes e.a. 2007, p. 121 en 136.

31. Zie W. Hugenholtz/W.H. Heemskerk, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag:

Elsevier 2006, nr. 87.

32. HR 3 februari 2006, AB 2006, 117 m.nt. Widdershoven.

33. Schuurmans 2005, p. 226 e.v.

34. Kamerstukken II 2006-2007, 30951, nr.1, p. 16 (reactie Minister van Justitie op fundamentele herbezinning burgerlijk procesrecht).

gesteld door het bestuursorgaan (§§ 24 en 26 Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG), terwijl de wet eveneens in § 25 VwVfG bepaalt dat het bestuursorgaan de aanvrager of de belanghebbende dient voor te lichten over diens informatieplicht, voor zover duidelijk is dat daaraan niet wordt voldaan vanwege onbekendheid en onervarenheid van de burger. Dat de taak van de Nederlandse bestuursrechter wordt gekenmerkt door de *bevoegdheid* de feiten te onderzoeken en dat in Duitsland als uitgangspunt geldt dat de rechter verplicht is de feiten vast te stellen (*Untersuchungsgrundsatz*), kan als belangrijk nuanceverschil worden gezien. De eindverantwoordelijkheid voor de feitenvaststelling ligt in Duitsland bij de bestuursrechter, terwijl partijen expliciet worden verplicht mee te werken aan de feitenvaststelling (§ 86, lid 1, Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO). In de praktijk wordt ook steeds een actieve inbreng van hen verwacht.<sup>35</sup> Opmerkelijk is dat het Duitse recht een vorm van een expliciete voorlichtingsplicht voor de rechter kent, de *Hinweispflicht* in § 86, derde lid, VwGO.<sup>36</sup> Daarnaast kent het Duitse bestuursprocesrecht de regel dat niet zonder genoegzaam gemotiveerde beslissing voorbijgegaan kan worden aan een ter zitting gedaan bewijsaanbod (§ 86, lid 2, VwGO). Ook in het Duitse recht lijkt de groeiende rol van partijen bij de feitenvaststelling gepaard te gaan met een voorlichtingsplicht over de opstelling van de rechter.

## 6 Naar een bewijsrecht in de Awb?

### 6.1 *Uitgangspunten voor een nieuw denkmodel*

De vraag rijst of de feitenvaststelling in het bestuursrecht zodanig kan worden geregu-

leerd dat tegemoet wordt gekomen aan de genoemde knelpunten. De oplossing ligt in een nieuw denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep. Dat model moet tegemoet komen aan de geconstateerde knelpunten en tegelijkertijd de ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht en het rechtsstatelijke verschil in positie tussen bestuur en rechter respecteren. Vanzelfsprekend moet worden voldaan aan de uit het (inter)nationale en het Europese recht voortvloeiende normen voor de feitenvaststelling. Daarnaast hebben de onderzoekers getracht het idee van de actieve rechter – als karakteristiek van het uniforme bestuursprocesrecht – te verbinden met de ontwikkeling van het bestuursprocesrecht naar een partijenproces, gericht op individuele rechtsbescherming. De ongelijkheidscompensatie in het bestuursprocesrecht moet worden gezocht in het expliciet bieden van voldoende mogelijkheden aan partijen om hun standpunten aangaande de feiten naar voren te brengen en minder in het ambts-halve achterhalen van de materiële waarheid door zelf onderzoek in te stellen. Het model van feitenvaststelling in beroep dient echter ook rekening te houden met de rechtszekerheid van de bij het geschil betrokken derden, de effectiviteit en efficiëntie van het bestuursprocesrecht en het streven in het algemene bestuursrecht naar rechtszekerheid, consistentie en definitieve geschilbeslechting.

Het vertrekpunt van het model van feitenvaststelling, is dat de feiten in eerste instantie door het bestuursorgaan worden vastgesteld. Een zorgvuldige wijze van feitenvaststelling in die fase leidt echter ook tot eisen aan de duidelijkheid die al in de bestuurlijke fase wordt gecreëerd over de verantwoordelijkheid van enerzijds het bestuursorgaan en anderzijds belanghebbenden. De verdeling van die verant-

35. F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht (Grundrisse des Rechts)*, München: Verlag C.H. Beck 2003, p. 575.

36. Zie ook K.F. Bolt & B.W.N. de Waard, 'De Hintplicht',

in: K.J. de Graaf, A.T. Marseille & H.B. Winter, *Op tegenspraak* (Damen-bundel), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 223 e.v.

woordelijkheid is in grote mate afhankelijk van het materiële recht en de aard van het besluit (ambtshalve of op aanvraag; punitief of niet; betrokkenheid van derden of niet). In beroep is het primair de taak van partijen om de rechter te voorzien van het bewijs, voor zover dat noodzakelijk is ter beslechting van het geschil. Activiteit van de rechter moet er op zijn gericht te voorkomen dat partijen worden verrast door het oordeel dat een aangevoerde beroepsgrond onvoldoende aannemelijk is geworden. De rechter voert met andere woorden de regie over de bewijslevering door partijen. Hij wijst hen op bewijsnood, biedt expliciet gelegenheid bewijs te leveren, reageert gemotiveerd op een bewijsaanbod en legt verantwoording af over het al dan niet toepassen van zijn onderzoeksbevoegdheden. Het ambtshalve onderzoek door de bestuursrechter is beperkt tot situaties waarin hetzij het aanleveren van bewijs in redelijkheid van de eisende partij niet kan worden verwacht, hetzij partijen aan hun bewijslast hebben voldaan, maar de rechter geen oordeel meent te kunnen geven, hetzij de effectieve, definitieve beslechting van het geschil dat vordert. Het uitsluiten van de door eiser aangevoerde bewijsmiddelen is enkel gerechtvaardigd indien de belanghebbende in de bestuurlijke fase de bewijslast droeg, het inbrengen van dat bewijs in die fase redelijkerwijs van hem verwacht kon worden en hij dit, ondanks voorlichting door het bestuursorgaan, verwijtbaar niet heeft gedaan. Als slotstuk geldt dat er voor de rechter in beginsel geen reden is tot terughoudendheid bij de beoordeling van de feitenvaststelling. Het denkmodel voor de feitenvaststelling in beroep moet waarborgen dat rechterlijke vrijheid gepaard gaat met het afleggen van verantwoordelijkheid ('motivering') en het bieden van duidelijkheid aan partijen ('voorlichting').

De voorspelbaarheid van de feitenvaststelling in beroep en het rechterlijk handelen zal daardoor verbeteren.

## 6.2 *Reactie op Commissie IJlinsk*

Een mooi resultaat van het verrichte onderzoek is dat op basis daarvan de Commissie IJlinsk verschillende aanbevelingen doet om de feitenvaststelling in beroep te verbeteren. Van de 32 aanbevelingen die zij uiteindelijk doet, hebben er 11 betrekking op de feitenvaststelling. Dat is grote winst. Desalniettemin achten wij ook enkele kritische kanttekeningen op hun plaats.

### *Terug naar de memorie van toelichting uit 1994?*

Op bepaalde punten geeft het commissierapport het onderzoeksrapport niet adequaat weer. De beantwoording van bovenstaande vraag kan ter illustratie dienen. Het onderzoeksrapport stelt 'dat de huidige praktijk, waarbij de bestuursrechter zich veelal terughoudend (...) opstelt, niet volledig kan worden gehandhaafd. Anderzijds is er evenmin aanleiding te bepleiten dat de praktijk geheel wordt gemodelleerd naar het oorspronkelijke idee van de Awb-wetgever van een actieve bestuursrechter die zelf onderzoek verricht naar de materiële waarheid' en concludeert: 'Het is primair de taak van partijen om de rechter te voorzien van bewijs ter onderbouwing van hun stellingen over de feiten waarop de rechter zijn oordeel moet baseren.'<sup>37</sup> De Commissie IJlinsk is 'anders dan de onderzoekers, van oordeel dat het wenselijk noch mogelijk is om deze ontwikkeling volledig ongedaan te maken.'<sup>38</sup> Het betreft één voorbeeld, maar het gaat toch wel om een zeer

37. Barkhuysen, Damen e.a. 2007, p. 232 en 333.

38. Commissie Evaluatie Awb III 2007, p. 33.

wezenlijk uitgangspunt, waarop een groot deel van de aanbevelingen is gebaseerd. Het onderzoeksrapport bevat niet de aanbeveling dat de praktijk moet worden gemodelleerd naar de ideeën in de memorie van toelichting uit 1994. Ook op andere punten plaatst de Commissie zich tegenover de onderzoekers, waardoor het lijkt alsof dát al voldoende rechtvaardiging brengt om een aanbeveling niet over te nemen. Bij nadere lezing van het onderzoeksrapport zal blijken dat de Commissie en de onderzoekers veelal dezelfde uitgangspunten hanteren. Het verschil tussen beiden ligt met name in de vraag of de wetgever of de rechter gesignaleerde knelpunten moet oplossen.

#### *Diversiteit verzet zich tegen codificatie?*

Het is lastig om in een codificatie van rechtsregels recht te doen aan de diversiteit van het bestuursrecht. Met dat argument kunnen veel rechtsregels uit de Awb worden geweerd. Men kan zelfs betwijfelen of art. 3:2 en 4:2 lid 2 Awb dan zouden moeten worden opgenomen. Immers, niet elke aanvrager hoeft alle gegevens te verschaffen; het zal in hoge mate van de omstandigheden van het geval afhangen welke gegevens precies moeten worden verstrekt, waarbij de aard van de materiële regelgeving en de vraag in wiens bewijsdomein de gegevens liggen een rol speelt. De Commissie Ilsink gebruikt herhaaldelijk het argument van de diversiteit van het bestuursrecht om voorgestelde wetwijzigingen af te wijzen. Voor die afwijzing wordt echter ook een prijs betaald. Laat men de ontwikkeling van de regels van feitenvaststelling volledig over aan de rechtspraak, dan gaat dat ten koste van de rechtszekerheid. Het is daarbij zeer de vraag of de rechtspraak die regels voldoende tot ontwikkeling gaat brengen.

Tot op heden hebben de hoogste rechtscolleges achterwege gelaten het gebruik van de rechterlijke onderzoeksbevoegdheden duidelijk te normeren, ondanks dat de wetgever hen destijds een verantwoordelijkheid op dat vlak toedichtte. In de memorie van toelichting bij art. 4:2 lid 2 Awb is aangegeven dat de criteria van de ‘nodige’ gegevens, waarover de aanvrager ‘redelijkerwijs’ kan beschikken, dienen om de bewijslast van de aanvrager af te bakenen. In de jurisprudentie zijn die criteria echter nauwelijks tot ontwikkeling gekomen. De Commissie gaat daaraan voorbij en heeft naar onze mening een te groot vertrouwen in de rechtspraak. Voorts lijkt het ons een misverstand dat gecodificeerde rechtsregels geen recht kunnen doen aan diversiteit. Theorievorming hoeft niet het doel te hebben om een uniforme oplossing te geven. De theorie geeft de hoofdregel en dwingt rechters om, wanneer zij reden zien om van de hoofdregel af te wijken, te expliciteren wat daarvoor de redenen zijn. Zo komt een inzichtelijk en coherent systeem tot stand. Codificatie van de hoofdregel kan daadwerkelijk een meerwaarde hebben.<sup>39</sup>

#### *Bewijsrecht in de Awb?*

Opvallend is dat de Commissie Ilsink op een bepaald punt met haar aanbevelingen verder gaat en voor codificatie pleit waar de onderzoekers dat nalaten. Na de overweging dat de bewijsvoering in het proces primair door partijen wordt verzorgd, vervolgt de Commissie: ‘Dit betekent echter ook dat de argumentatie van de wetgever om geen wettelijke regeling van het bewijsrecht op te nemen, enigszins door de ontwikkelingen is achterhaald. Er is *dus* aanleiding om een wettelijke regeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht te overwegen

39. Als voorbeeld kan art. 150 Rv dienen dat in het civiele recht de bewijslast verdeeld. Het bevat een hoofdregel met afwijkmogelijkheden, waardoor gemotiveerd

moet worden wanneer de voorwaarden voor afwijking zich voordoen.

40. Commissie Evaluatie Awb III 2006/2007, p. 33.

---

[cursivering door KdG, YS & AT].<sup>40</sup> Aan welk type bewijsrechtelijke regels wordt gedacht, blijft ongewis, maar kennelijk speelt de diversiteit van het bestuursrecht hier geen doorslaggevend argument om tegen het overwegen van codificatie te pleiten. Bij de zuiverheid van de redenering ten aanzien van de aanbevelingen plaatsen wij derhalve kanttekeningen. Dat laat onverlet dat wij het net als de Commissie een uitdaging achten om in de toekomst over de nadere ontwikkeling van het bestuursrechtelijke bewijsrecht na te denken. Met die ontwikkeling zou een goed begin kunnen worden gemaakt door de rechter een voorlichtingsplicht te geven over de bewijsleveringsplicht van partijen, door een bewijsopdracht bij tussenbeslissing mogelijk te maken en de rechter de plicht toe te delen om op een bewijsaanbod gemotiveerd te reageren.